



SCHWERPUNKT-THEMA

## Dienstleistungsverträge – und ihre Zuordnung zu unter- schiedlichen Vertragstypen

### WERKVERTRAG ODER AUFTRAG?

Eine Frage der korrekten Abgrenzung

Mehr dazu auf Seite 3

### BEI DER VERTRAGS- GESTALTUNG BESONDERS ZU BEACHTEN

Das Risiko jederzeitiger Kündigung

Mehr dazu auf Seite 6

### ALTERNATIVE ZUSAMMENARBEIT

Und das Arbeits- und  
Sozialversicherungsrecht?

Mehr dazu auf Seite 9

# EDITORIAL

■ Von RA lic.iur. HSG Astrid Lienhart, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Herausgeberin



## Werte Leserin, werter Leser

Die Juristerei ist wie ein Paralleluniversum, das all unsere rechtsgeschäftlichen Handlungen durchwirkt und seine eigenen Schlüsse daraus zieht. Bisweilen funkt es uns ganz ordentlich rein und übersteuert die Vorstellungen, die Vertragsparteien ihre Vereinbarungen betreffend haben. Überraschende Grüsse aus dem Paralleluniversum sind deshalb an der Tagesordnung.

Ich erhalte zum Beispiel regelmässig Anfragen von IT-Dienstleistungserbringern, die sich über die fristlose Kündigung ihrer Kunden ärgern und von mir wollen, dass ich die vereinbarte Gebühr bis zur Beendigung einer Kündigungsfrist eintreibe. Dasselbe erleben auch Kinderkrippen oder Privatschulen. Und alle kommen sie mit ihren gross oder klein gedruckten Verträgen und fordern deren Einhaltung. Doch ob das geht, ist alles andere als klar.

Weshalb das so ist, zeigen wir Ihnen in dieser Ausgabe von Rechtssicher auf. Wir widmen uns den Dienstleistungsverträgen, die, neben dem Arbeitsvertrag die wohl häufigste Erscheinungsform von Zusammenarbeit ist. Je nachdem aber, was da geleistet werden soll und wie, wird diese Zusammenarbeit dem einen oder dem anderen Vertragstypus zugeordnet – und das ist die Frage betreffend, ob Kündigungsfristen vereinbart werden können oder nicht, entscheidend. Die beiden Hauptplayer sind der Auftrag und der Werkvertrag. Doch auch das Arbeitsrecht ist immer gut für Überraschungen. Und natürlich die Sozialversicherungen.

RA Dr. Matthias Michlig führt uns in das Thema ein, indem er den Auftrag vom Werkvertrag voneinander abgrenzt und die Pflichten der Vertragsparteien aufzeigt. Dann taucht RA Dr. Philipp Meier Schleich in medias res ein und nimmt den konflikträchtigen Dauerbrenner der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit (ohne dass eine Kündigungsfrist eingehalten werden muss) bei Aufträgen genau unter die Lupe. Zu guter Letzt nehme ich selber das Thema der alternativen Zusammenarbeitsformen auf, auf die zurückgegriffen wird, um die Fesseln von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht zu lockern.

Schwierig am ganzen Thema ist die Tatsache, dass die Evolution im juristischen Paralleluniversum jedenfalls beim Thema Zusammenarbeitsformen nicht mit den rasanten Entwicklungen auf dem Planeten Erde mithält. Die Begriffe und Kriterien, die die Rechtsprechung im Laufe von Jahrzehnten entwickelt hat, sind gerade in diesem Bereich oft nicht mehr geeignet, um den modernen Zusammenarbeitsformen noch gerecht zu werden. Das jederzeitige Kündigungsrecht im Auftragsrecht wird deshalb von einem Grossteil der Lehre kritisiert. Denn Aufträge sollten

ursprünglich unentgeltlich und von einem grossen Vertrauen in den Auftragnehmer geprägt sein (wie z.B. zum Anwalt). Vertrauen weg, Vertrag weg, das war und ist hier eine sinnvolle Maxime. Doch IT-Wartungsverträge sind anders gestrickt. Und Kinderkrippen haben – anders als Anwälte – eine vorausschauende Personal- und Raumplanung zu gewährleisten. Sollen die wirklich von einem Tag auf den anderen und ohne Einhaltung von Kündigungsfristen Aufträge verlieren können?

## RECHTSTIPP



Sicher ist einfach, dass Sie Ihre Pläne rechtlich prüfen lassen sollten, bevor Sie kostenintensive Dispositionen treffen. Denn die unerwünschten Grüsse aus dem rechtlichen Paralleluniversum werden kaum Ihren Vorstellungen entsprechen, wenn sie unerwartet Ihre Pläne auf den Kopf stellen.

Ich wünsche Ihnen eine spannende Lektüre!

Herzlich Ihre Astrid Lienhart

## Die Herausgeberin

«Heutzutage muss Rechtsberatung verständlich, pragmatisch und kostenbewusst sein», sagt Astrid Lienhart. «Endlose Memoranden, die keiner versteht, sind passé, ebenso intransparente oder überhöhte Honorarvorstellungen.» Mit diesem Credo spricht die Zürcher Rechtsanwältin insbesondere KMU an, die sie im Arbeitsrecht, im Vertrags-, Gesellschafts- und Handelsrecht sowie im Datenschutz und E-Commerce berät. Astrid Lienhart ist Gründungspartnerin der Zürcher Anwaltskanzlei Rechtskraft Advokatur & Business Coaching. Neben ihrer Tätigkeit als Anwältin ist sie als Autorin und Referentin tätig.

# WERKVERTRAG ODER AUFTRAG – SCHWIERIGE ABGRENZUNGSFRAGEN?

In der Praxis ergeben sich oft Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen dem Auftrag und dem Werkvertrag. So geht die Rechtsprechung beispielsweise bei einer Haarverlängerung von einem Werkvertrag, bei einer Haartransplantation hingegen von einem Auftrag aus. Aufgrund der Möglichkeit einen Auftrag im Gegensatz zum Werkvertrag jederzeit zu kündigen, ist die Unterscheidung in der Praxis enorm wichtig.

■ Von Dr. iur. Matthias Michlig, Rechtsanwalt

## Werkvertrag (Art. 363–379 OR)

Typisch für den Werkvertrag ist gemäss Art. 368 OR die Herstellung eines Werks gegen Leistung einer Vergütung (Werklohn), wobei die Höhe der Vergütung nicht im Voraus bestimmt sein muss. Ein Werkvertrag ist daher stets entgeltlich.

In der Regel ist ein Werk körperlicher Natur und besteht in der Herstellung eines Gebäudes oder der Anfertigung einer Moblie (Fahrrad). Ein Werk kann aber auch nicht körperlicher Natur sein. So handelt es sich beispielsweise bei Gutachten, Bauplänen, Vermessungsarbeiten eines Geometers, die auf objektiv überprüfbaren Kriterien beruhen, um unkörperliche bzw. geistige Werke.

### Pflichten des Unternehmers beim Werkvertrag

Die Hauptpflicht des Unternehmers ist die termingerechte Herstellung des Werks, welches den vertraglich vereinbarten Anforderungen genügt. Grundsätzlich ist der Unternehmer zur persönlichen Ausführung verpflichtet, sofern es auf seine persönlichen Fähigkeiten ankommt (z.B. Gemälde). Daneben trifft den Unternehmer eine allgemeine Sorgfaltspflicht, welche unter anderem einen sorgfältigen Umgang mit dem vom Besteller gelieferten Stoff (Materialien) umfasst.

### Mängelhaftung des Unternehmers

Bei erheblichen Mängeln (Abweichen vom Vertrag) darf der Besteller die Abnahme verweigern und Schadens-

ersatz verlangen. Bei nicht so erheblichen Mängeln darf der Besteller die Vergütung des Unternehmers mindern. Der Besteller kann zudem eine Nachbesserung des Werks verlangen, sofern dies dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht.

### Pflichten des Bestellers beim Werkvertrag

Der Besteller ist zur Abnahme und Überprüfung des Werks sowie zur Vergütung der Werkleistung verpflichtet. Die Abnahme durch den Besteller setzt voraus, dass der Unternehmer alle vereinbarten bzw. für die Werkherstellung erforderlichen Arbeiten ausgeführt hat. Nimmt der Besteller das vom Unternehmer fertiggestellte und gehörig angebotene Werk trotzdem nicht an, gerät er in Annahmeverzug und macht sich schadenersatzpflichtig.

### Beendigung des Werkvertrags

Der Hauptgrund für die Beendigung des Werkvertrags ist die beidseitige vollständige Erfüllung der Pflichten der Parteien. Der Werkvertrag kann zudem vom Besteller beendet werden, wenn der Unternehmer den Kostenvorschlag unverhältnismässig überschreitet (Art. 373 OR).

Zudem kann der Besteller gegen volle Schadloshaltung des Unternehmers vom Vertrag zurücktreten. Tritt der Besteller zurück, hat er die bereits geleisteten Arbeiten zu vergüten und dem Unternehmer den entgangenen Gewinn (Honorar) zu ersetzen.

## Auftrag (Art. 394–406 OR)

Das Auftragsrecht findet vor allem Anwendung bei den sogenannten «freien» Berufsarten (z.B. Rechtsanwälte, Steuerberater, Ärzte, Architekten). Zudem fallen Rechtsverhältnisse zwischen Kunden und Banken sowie Treuhandgesellschaften unter das Auftragsrecht. Typisch für den Auftrag ist die Erbringung von Arbeitsleistungen (Dienstleistungen) in unabhängiger Position (also nicht als subordinierter Arbeitnehmer).

Beim Auftrag geht es stets um fremde Geschäfte, also um die Wahrung der Interessen des Auftraggebers. Entgeltlichkeit ist kein Typenerfordernis des einfachen Auftrags. Dieser kann entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen. Naturgemäss kann ein Auftrag die unterschiedlichsten Dienstleistungen zum Inhalt haben, was auch seine grosse Verbreitung erklärt.

Auftragsrecht findet gemäss Art. 394 Abs. 2 OR zudem für alle Arbeits- und Dienstleistungsverträge Anwendung, wenn kein gesetzlich geregelter Sondertypus, wie beispielsweise der Arbeitsvertrag oder der Werkvertrag vorliegt.

### Abgrenzung zwischen Auftrag und blossem Gefälligkeitsverhältnis

Die Abgrenzung zwischen einer blossen unverbindlichen Gefälligkeitshandlung und einem rechtlich verpflichtenden (unentgeltlichen) Auftrag kann im Einzelfall schwierig sein. Entscheidend ist, ob ein sogenannter Rechtsbin-



dungswille des Beauftragten angenommen werden kann.

Normalerweise ist aber nicht von einem Auftrag auszugehen. So beispielsweise bei Besorgungen oder der Übernahme von Arbeiten aus Gefälligkeit (BGE 119 II 695). Kein Auftrag liegt in der Regel vor, wenn man bei Ferienabwesenheit auf das Haus des Nachbarn aufpassen soll oder wenn man versehentlich vergisst, den Lottoschein der Freundin bei der Lottostelle abzuliefern und der Freundin dadurch ein grösserer Lottogewinn entgeht (so der deutsche Bundesgerichtshof in einem Urteil aus dem Jahr 1974).

### **Rat und Empfehlung**

Die Rechtsprechung nimmt die Entstehung eines Auftragsverhältnisses an, wenn zwischen dem Raterteilenden und dem Ratsuchenden eine vorbestehende Rechtsbeziehung (z.B. ein Bankvertrag) vorhanden ist und wenn der Raterteilende hätte erkennen müssen, dass der Ratsuchende eine verlässliche Antwort für weitergehende Dispositionen erwartet.

Bei Fehlen eines vorbestehenden Vertragsverhältnisses tritt eine Haftung ein, wenn der Raterteilende wider besseres Wissen oder leichtfertig unrichtige Angaben macht sowie wenn er ihm bekannte Tatsachen verschweigt, von

denen er annehmen muss, dass sie für den Ratsuchenden von erheblicher Bedeutung sein könnten.

### **Pflichten des Beauftragten beim Auftrag**

Die Hauptpflicht des Beauftragten besteht in der vertragsgemässen Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste (Art. 394 Abs. 1 OR). Geschuldet ist die sorgfältige und getreue Ausführung des Auftrags, wobei die gleiche Sorgfalt wie von einem Arbeitnehmer erwartet wird. Die Treuepflicht spielt namentlich beim Anwalt, Steuerberater, Vermögensverwalter oder Treuhänder eine wichtige Rolle.

Im Rahmen der Treuepflicht muss ein Beauftragter die Interessen seines Auftraggebers wahren. Der Beauftragte ist demnach insbesondere verpflichtet, den Auftraggeber zu beraten und zu informieren, Informationen geheim zu halten und sogar Anweisungen des Auftraggebers kritisch zu hinterfragen. Überdies hat der Beauftragte Interessenkollisionen von vornherein zu vermeiden und muss ganz allgemein die nötigen Fähigkeiten und persönlichen Eigenschaften besitzen, um den Auftrag nach bestem Wissen und Gewissen erfüllen zu können. Der Beauftragte hat Weisungen, welche den Inhalt des Auftrags konkretisieren oder modifizieren, grundsätzlich zu befol-

gen. Gehen diese allerdings über den ursprünglichen Vertragsinhalt hinaus, handelt es sich um eine Offerte zu einem neuen Vertrag.

Ferner trifft den Beauftragten eine Rechenschafts- und Erstattungspflicht. Diese besagt, dass der Beauftragte dem Auftraggeber innert nützlicher Zeit alle angeforderten Informationen im Zusammenhang mit dem Auftrag wahrheitsgetreu und vollständig zur Verfügung zu stellen hat. Sofern der Auftrag die Verwaltung finanzieller Mittel umfasst, muss der Beauftragte jederzeit in der Lage sein, detaillierte Aufstellungen und Belege über die Vermögenswerte zur Verfügung zu stellen. Aufgrund der Erstattungspflicht muss der Beauftragte alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem Zusammenhang mit der Auftragsführung stehen.

Nur in Ausnahmefällen ist die Übertragung des Auftrags auf Dritte (Substituten) zulässig. Nämlich dann, wenn dies zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbart ist. Der Beizug einer Hilfsperson ist jedoch unproblematisch möglich.

### **Honorarminderung**

Hat der Beauftragte das Geschäft nur teilweise oder unsorgfältig ausgeführt, schuldet der Auftraggeber kein volles

Honorar. Zwar fehlen im Auftragsrecht Vorschriften zur Minderung, jedoch können die Vorschriften aus Kauf- und Werkvertrag analog angewendet werden (Art. 205 und Art. 368 Abs. 2 OR). Steht dem Auftraggeber infolge Verschuldens des Beauftragten eine Schadenersatzforderung zu, so kann er diese mit dem Anspruch auf Honorar verrechnen.

### Vertragsbeendigung

Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann der Auftrag von jeder Partei jederzeit gekündigt werden. Diese Bestimmung ist zwingend und kann weder vertraglich wegbedungen noch erschwert werden. Die Vertragsauflösung darf auch nicht durch eine Konventionalstrafe erschwert werden.

Erfolgt die Beendigung zur Unzeit, wird der Auftrag gleichwohl beendet. Eine Auflösung zur Unzeit liegt vor, wenn die beendigungswillige Partei ohne Grund, d.h. in einem ungünstigen Moment ohne sachliche Rechtfertigung, der anderen Partei besondere Nachteile verursacht. Die kündigende Partei muss dann der anderen Partei einen allfälligen Schaden ersetzen. Der Schaden umfasst aber lediglich die Aufwendungen, welche im Vertrauen auf den Fortbestand des Auftrags getätigt wurden (beispielsweise Miete von Räumlichkeiten), nicht aber das Interesse am Fortbestand des Auftrags an sich.

### Abgrenzung der beiden Vertragstypen

Die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Auftrag ist davon abhängig, ob ein bestimmter Erfolg oder ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet wird.

Beim Auftrag steht die Arbeit im Vordergrund, beim Werkvertrag das Werk. Vereinfacht kann gesagt werden, dass beim Auftrag ein Wirken und beim Werkvertrag ein Werken geschuldet ist.

Kann eine Leistung überhaupt nicht als Erfolg versprochen werden, liegt ein Auftrag vor.

Bestehen also keine objektiven Kriterien zur Beurteilung der Richtigkeit der ausgeführten Dienstleistungen, liegt ein Auftrag vor. Aufträge können zudem Dauerschuldverhältnisse sein, Werkverträge nicht.

### RECHTSTIPP

Prüfen Sie, ob Sie einen garantierten Erfolg versprechen können bzw. ob Sie eine Garantie auf Ihre Arbeit versprechen können. Falls Sie diese Frage bejahen können, liegt ein Werkvertrag vor.

### Abgrenzung zum Arbeitsvertrag

Der Arbeitsvertrag unterscheidet sich von den anderen Verträgen auf Arbeitsleistung (Auftrag, Werkvertrag) primär durch das Subordinationsverhältnis. Durch die Subordination steht der Arbeitnehmer in einer personellen, organisatorischen, zeitlichen und teilweise auch wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer untersteht der Überwachung und Weisungsmacht des Arbeitgebers. Er ist in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers integriert.

Der Beauftragte muss zwar auch Weisungen befolgen, ist aber in der Ausführung unabhängig und selbstverantwortlich. Sind diese Weisungen jedoch nicht nur allgemein, sondern beziehen sie sich auf das Arbeitsergebnis sowie

die Organisation und begründen sie ein Recht zur Kontrolle, ist von einem Arbeitsvertrag auszugehen.

### RECHTSTIPP

Für die Qualifikation, ob ein Auftrag oder ein Arbeitsvertrag vorliegt, sollten Sie vorab folgende Fragen beantworten: Findet die Arbeitsleistung unter der Leitung und Weisung des Arbeitgebers statt? Wird sie unselbstständig, fremdbestimmt und in persönlicher Abhängigkeit erbracht? Ist der Vertragspartner in ein Hierarchiesystem eingegliedert? Werden diese Fragen bejaht, ist in der Regel von einem Arbeitsvertrag auszugehen.

### PRAXISBEISPIEL

Wer eine Putzfrau beschäftigt, wird zum Arbeitgeber mit allen damit verbundenen Pflichten. Sie müssen für jeden noch so kleinen Lohn AHV-Beiträge abrechnen. Einen «Freibetrag» wie in anderen Berufen gibt es nicht. Eine Ausnahme gilt für Jugendliche bis 25 Jahre, die keine AHV-Beiträge auf ihre «Sackgeldjobs» entrichten müssen, wenn das Einkommen CHF 750.- pro Jahr nicht übersteigt.

### AUTOR



**Dr. Matthias Michlig** ist Rechtsanwalt und Managing Partner bei Michlig Schmid Partner AG.

### GERICHTSENTSCHEID

Der Kläger schloss mit der Beklagten einen als «contrat-cadre d'assistance» bezeichneten Vertrag. Seine Funktion war Berater mit punktuellen Stellvertretungen. Der Vertrag sah vor, dass der Kläger jeweils vier Wochen arbeitete und anschliessend vier Wochen Urlaub hatte. Der Kläger wurde mit EUR 750.- pro Tag entschädigt, und sämtliche Spesen gingen zulasten der Beklagten. Der Kläger sandte jeweils seine Jahresplanung der Beklagten, worin er bestimmte, wann er verfügbar war und wann er Urlaub hatte. Die Beklagte bestimmte den Einsatzort und den Inhalt des Einsatzes.

Am Einsatzort war der Kläger in seiner Arbeitsgestaltung frei, was gegen einen Arbeitsvertrag sprach. Der Kläger konnte seine Einsätze selbst planen. Weder die Arbeitszeiten noch die zu leistenden Arbeitsstunden wurden geregelt, was ebenfalls gegen einen Arbeitsvertrag spricht. Zudem fehlten die Überwachung und die Weisungen bezüglich der Arbeitsorganisation. Nur die Übernahme sämtlicher Spesen und die regelmässige Entschädigung sprachen für eine abhängige Tätigkeit und somit für einen Arbeitsvertrag. Dies sind aber untergeordnete Elemente. Gesamthaft wurde der Vertrag vom Bundesgericht als Auftrag taxiert (BGer 4A\_592 vom 16. März 2017).

# DIENSTLEISTUNGSVERTRÄGE: JEDERZEIT KÜNDBAR – ODER DOCH NICHT?

Viele Verträge über Dienstleistungen erweisen sich aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts als jederzeit kündbar, auch wenn die Parteien etwas anderes abgemacht haben. Dieser Beitrag beschreibt, wann das Risiko eines jederzeitigen Kündigungsrechts besteht – und wie man ihm begegnen kann.

■ Von Dr. Philipp Meier Schleich, Rechtsanwalt

Auch wenn es Dienstleister und Kunden oft nicht wissen, wenn sie ihren Vertrag abschliessen: Verträge über Dienstleistungen unterstehen aus juristischer Sicht häufig den gesetzlichen Bestimmungen über den Auftrag. Diese finden sich in den Art. 394 ff. Obligationenrecht (OR).

## Bestimmungen im Obligationenrecht

Darin enthalten: Art. 404 OR, der schon seit längerer Zeit Gegenstand eines Meinungsstreits ist, der zwischen dem Bundesgericht einerseits und dem Grossteil der juristischen Lehre andererseits besteht. Art. 404 Abs. 1 OR bestimmt: «Der Auftrag kann von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden» (wobei «widerrufen» nichts anderes meint als eine Kündigung, die vom Auftraggeber bzw. Kunden ausgesprochen wird).

## Rechtsprechung Bundesgericht

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt, dass das jederzeitige Kündigungsrecht gemäss Art. 404 OR zwingend ist und auch nicht indirekt beschränkt werden kann, wie etwa durch Vereinbarung einer Konventionalstrafe. Konsequenz: Dienstleister wie Kunde sind jederzeit berechtigt, den Vertrag per sofort zu kündigen – auch wenn sie in ihrem Vertrag etwas anderes vereinbart haben, wie insbesondere Kündigungsfristen. So kann der Fall eintreten, dass eine umfangreiche vertragliche Kündigungsregelung, auf welche zumindest der eine Vertragspartner vertraut hat, plötzlich Makulatur darstellt.

## Kündigung «zur Unzeit»

Ein Anspruch auf Schadenersatz des Vertragspartners des Kündigenden kommt nur in beschränktem Rahmen infrage. Nach Art. 404 Abs. 2 OR setzt ein solcher Anspruch voraus, dass die Kündigung «zur Unzeit» erfolgte. Sprich: Wenn sie in einem für den Vertragspartner ungünstigen Moment und ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt und dem Vertragspartner dabei besondere Nachteile verursacht. Beschränkt ist aber auch der Umfang des allenfalls zu ersetzenden Schadens. Dieser ist aufgrund von Art. 404 Abs. 2 OR auf den Ersatz dessen limitiert, was der Vertragspartner gehabt hätte, wenn die Kündigung nicht gerade zur Unzeit erfolgt wäre.

Ersatzfähig ist demnach im Prinzip nur das sogenannte negative Vertragsinteresse (der «Vertrauensschaden») wie die Kosten des Vertragsschlusses und für unnütz gewordene Dispositionen. Nicht ersatzfähig ist dagegen das sogenannte positive Vertragsinteresse

(«Erfüllungsinteresse») wie der entgangene Gewinn, der demjenigen Gewinn entspricht, den der Vertragspartner bei einer Fortdauer des Vertrags aus diesem hätte ziehen können.

Dass Art. 404 OR bei «typischen» Aufträgen zwingend sein soll, ist aber nicht der Stein des Anstosses für die juristische Lehre. Einen «typischen» Auftrag kennzeichnet, dass er entweder unentgeltlich ist (was bei Dienstleistungsverträgen selten vorkommt), oder aber dass er eine höchstpersönliche Natur aufweist. Als Aufträge mit höchstpersönlicher Natur angesehen werden zum Beispiel die Auftragsverhältnisse mit Ärzten, Anwälten und Treuhändern.

## Bei atypischen und gemischten Verträgen

Der Stein des Anstosses ist vielmehr der Umstand, dass Art. 404 OR vom Bundesgericht auch bei «atypischen» Aufträgen als zwingend angesehen wird, sprich bei solchen Aufträgen, die weder unentgeltlich noch höchstpersönlicher Natur sind. Darüber hinaus erstreckt sich die zwingende Anwendbarkeit von Art. 404 OR nach dem Bundesgericht auch auf «gemischte Verträge» (die auch Elemente von anderen Vertragstypen enthalten), «für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen».

Entsprechend ging das Bundesgericht bei unterschiedlichsten Dienstleistungsverträgen von einer zwingen-

## WICHTIGER HINWEIS



Mithin eröffnet die zwingende Anwendbarkeit von Art. 404 OR sowohl dem Auftraggeber als auch dem Beauftragten die Möglichkeit eines jederzeitigen Ausstiegs aus dem Vertrag, ohne Beachtung der vereinbarten Kündigungsregelungen. Der Auftraggeber muss jederzeit damit rechnen, dass die Dienstleistungen plötzlich wegfallen. Demgegenüber muss der Beauftragte befürchten, dass sein Kunde unversehens aus dem Vertrag aussteigt.



den Anwendbarkeit von Art. 404 OR aus. Beispiele dafür sind Auftragsverhältnisse mit Architekten, Liegenschaftsverwaltungsverträge, Musikmanagement-Verträge, Unterrichts- und Internatverträge. Bei «atypischen» Aufträgen oder «gemischten Verträgen», so die Meinung vieler juristischer Autoren, solle Art. 404 OR aber entgegen dem Bundesgericht nicht als zwingend angesehen werden und sollen abweichende Vereinbarungen zwischen den Vertragspartnern zulässig sein.

### Kritik am Bundesgericht

Ob das Bundesgericht die kritischen Stimmen aus der juristischen Lehre erhören wird, erscheint als zweifelhaft. Bisher hat das höchste Gericht die Einwände aus der Lehre ausdrücklich zurückgewiesen. Hinzu kommt, dass Bemühungen des Gesetzgebers zur Abschaffung der zwingenden Natur von Art. 404 OR gescheitert sind. Eine darauf gerichtete Gesetzesrevision, die der Bundesrat nach einer Motion des damaligen Nationalrats Luc Barthassat im Jahr 2016 unterbreitet hatte und die von vielen Juristen begrüsst worden war, ist nach negativen Rückmeldungen im Vernehmlassungsverfahren wieder schubladisiert worden.

### WICHTIGER HINWEIS



Für die Praxis erscheint es daher als ratsam, von der Annahme auszugehen, dass das Bundesgericht auch weiterhin an seiner Rechtsprechung zur zwingenden Anwendbarkeit von Art. 404 OR festhalten wird. Entsprechend müssen sich vor allem Dienstleister fragen, ob auch ihre Verträge davon betroffen sein könnten und wie sie diesem Risiko begegnen wollen.

### Prüfung, ob Auftrag vorliegt

Zuerst einmal ist zu prüfen, ob der konkrete Dienstleistungsvertrag überhaupt als Auftrag im Rechtssinne einzustufen ist bzw. ob Art. 394 ff. OR überhaupt anwendbar sind. Bei einem Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte (entgeltlich oder unentgeltlich), die «ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen» (Art. 394 Abs. 1 OR).

Zudem bilden die Art. 394 ff. eine eigentliche «Auffangregelung» für Dienstleistungsverträge. Art. 394 Abs. 2 OR sieht nämlich vor, dass Verträge über Arbeitsleistungen, die keinem anderen gesetzlichen Vertragstypus unterstellt

sind, nach den Vorschriften über das Auftragsrecht zu beurteilen sind. Dies bedeutet, dass viele Dienstleistungsverträge dem Auftragsrecht unterstehen. Dies gilt namentlich auch für Verträge, in denen es um Dienstleistungen aus dem IT-Bereich geht.

### Vorliegen eines Werkvertrags

Je nach Inhalt des Vertrags kann aber auch ein anderer Typus vorliegen und die Anwendbarkeit des Auftragsrechts ausgeschlossen sein. Infrage kommen könnte unter Umständen eine Qualifikation als Werkvertrag nach Art. 363 ff. OR. Denkbar wäre dies, wenn nicht wie beim Auftrag bloss ein «Wirken» (im Sinne eines sorgfältigen Tätigwerdens) geschuldet ist, sondern ein «Werk» (im Sinne eines Leistungserfolgs, der anhand von objektiven Kriterien beurteilt werden kann).

### Einordnung als Arbeitsvertrag

Ebenfalls denkbar wäre eine Einordnung als Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR, wenn der Dienstleister in einem Subordinationsverhältnis zum Kunden steht, wenn er in den Betrieb des Kunden eingegliedert ist und wenn dem Kunden umfassende Weisungsrechte zustehen. Freilich

bringt die nachträgliche Erkenntnis, dass statt eines Auftrags ein Arbeitsvertrag vereinbart wurde, insbesondere für den Kunden in den meisten Fällen anderweitige rechtliche Probleme. In diesem Fall untersteht der Vertrag nämlich den zwingenden Bestimmungen des Arbeitsrechts, und es sind die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts zu beachten.

**Vetragsredaktion bei Dienstleistungsverträgen**

Bei den meisten Dienstleistungsverträgen kommt aber eine Qualifikation als anderer gesetzlicher Vertragstyp nicht infrage. Dann kann man in Betracht ziehen, im Fall von atypischen Aufträgen und von gemischten Verträgen bei der Vertragsredaktion das zu berücksichtigen, was das Bundesgericht als Grund für die zwingende Natur von Art. 404 OR anführt: Dass bei einem Auftrag ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bestehe und dass es bei einer Störung dieses Vertrauensverhältnisses keinen Sinn mache, den Vertrag aufrechtzuerhalten.

Entsprechend kann man versuchen, mittels möglichst detaillierter Regelungen und Beschreibungen der Leistungen die Situation zu schaffen, dass von der Erforderlichkeit eines besonderen Vertrauensverhältnisses kaum mehr die Rede sein kann. Auf diese Weise kann je nach Umständen auch

erreicht werden, dass in Bezug auf die Qualifikation höchstens ein «gemischter Vertrag» anzunehmen ist, bei dem die Anwendung von Auftragsrecht zudem als nicht sachgerecht angesehen wird. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass sich in der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte viele Entscheide finden, in denen die zwingende Anwendbarkeit von Art. 404 OR auf atypische Aufträge abgelehnt wurde.

Zudem kann beim Ausarbeiten des Vertragstextes versucht werden, die Auflösung zur Unzeit und deren Konsequenzen – in dem nach Art. 404 Abs. 2 OR zulässigen Rahmen – bereits möglichst weitreichend zu regeln und für beide Vertragspartner vorhersehbar zu machen. Dazu können die möglichen Tatbestände umschrieben werden, in denen eine Kündigung als in einem ungünstigen Zeitpunkt ohne sachliche Rechtfertigung erfolgt angesehen und der anderen Partei bestimmte besondere Nachteile verursachen würde.

**Schadenersatzregelungen**

Was den zu ersetzenden Schaden angeht, ist es im Prinzip zulässig, für diesen eine Pauschalsumme zu vereinbaren (sog. Schadenspauschale, pauschalierter Schadenersatz oder Liquidated Damages). Voraussetzung ist allerdings, dass die Schadenspauschale keinen Strafcharakter hat,

spricht keine Konventionalstrafe darstellt. Vielmehr darf die Pauschale nur die nach Art. 404 Abs. 2 OR ersatzfähigen Posten abdecken. Daher wird eine Pauschale, welche die Höhe des vollen Honorars erreicht, in der Regel als unzulässige Konventionalstrafe angesehen werden.

Je nach Konstellation kann es zweckmässiger sein, die einzelnen ersatzfähigen Schadensposten konkret zu beschreiben. So etwa die Beträge der vom Dienstleister getätigten Investitionen, die Abschreibungssätze und die Kosten für die Auflösung der vom Dienstleister eingegangenen Verträge. Ebenso unter Umständen den Wert der Dienstleistungsverträge mit Dritten, auf die der Dienstleister zugunsten des gegenständlichen Vertrags verzichtet hat. Auf diese Weise werden dem Kunden die finanziellen Risiken vor Augen geführt, die ihm bei der Aussprache einer Kündigung zur Unzeit drohen können. Zudem kann der Dienstleister so seine Chancen erhöhen, in diesem Fall zumindest gewisse Schadensposten ersetzt zu erhalten.

**AUTOR**



**Dr. Philipp Meier Schleich**, ist Rechtsanwalt und Partner bei LANTER Anwälte & Steuerberater. Er berät und vertritt regelmässig Private und Unternehmen im Vertragsrecht.

## WEKA-Musterverträge

Über 1000 Schweizer Musterverträge und Mustervorlagen



Mit der bekannten Schweizer Online-Vertragsdatenbank schliessen Sie Ihre Verträge schneller, einfacher und garantiert rechtssicher ab. Alle über 1000 Musterverträge und Vorlagen in Word werden von Fachanwälten laufend geprüft und mit wertvollen Tipps für die Anwendung in der Praxis veredelt. Profitieren Sie jetzt gleich von den über 1000 Musterverträgen und Checklisten zu allen relevanten Rechtsgebieten nach Schweizer Recht.

Lassen Sie sich Ihren Online-Zugang für nur CHF 1.09 pro Tag freischalten, und Sie können jederzeit auf die komplette Vertragsdatenbank zugreifen. Alle Verträge sind für Sie im Word-Format zum uneingeschränkten Download verfügbar.

**Bestellung und weitere Informationen: [www.weka.ch/mustervertraege.html](http://www.weka.ch/mustervertraege.html)**

# ALTERNATIVE ZUSAMMENARBEITSFORMEN – WIE WIRD MAN DIE KLETTEN ARBEITSRECHT UND SOZIALVERSICHERUNGSRECHT LOS?

In den letzten beiden Jahrzehnten haben sich einige alternative Formen der Zusammenarbeit entwickelt. Begünstigt durch die rasante technologische Entwicklung, aber auch einfach durch das Bedürfnis nach mehr Flexibilität, suchen die Wirtschaftsteilnehmer immer wieder nach anderen Möglichkeiten, um Geld zu verdienen, ohne die Nachteile des Arbeits- und des Sozialversicherungsrechts tragen zu müssen. Das geht aber nur beschränkt.

■ Von RA lic.iur. HSG Astrid Lienhart, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Rechtskraft Advokatur, Zürich

Wer Angestellte hat, nimmt ein erhebliches unternehmerisches Risiko auf sich, das nur teilweise auf Versicherungen überwältigt werden kann. Die Angestellten wollen beschäftigt, ausgelastet, gefördert und selbstverständlich stets pünktlich bezahlt werden. Sie werden krank, sie streiten sich, bisweilen stimmt die Chemie nicht oder nicht mehr, und man sieht sich mit unangenehmen Kündigungsgesprächen konfrontiert. Auch administrativ bedeuten Angestellte einen beträchtlichen Aufwand, von den Versicherungen angefangen über das Lohnwesen, Gespräche etc. Und teuer sind sie auch. Arbeitgeber haben ebenfalls Beiträge an die Sozialversicherungen zu berappen und finanzieren teure Arbeitsplätze.

Es ist daher wenig verwunderlich, dass die Wirtschaft immer wieder nach neuen Möglichkeiten gesucht hat, um die Zusammenarbeit mit Arbeitskräften zu verbilligen. Doch das ist leichter gesagt als getan. Denn sowohl das Arbeitsrecht als auch das Sozialversicherungsrecht erweisen sich als hartnäckige Kletten, die sich nicht so leicht abschütteln lassen.

Wir schauen uns nachfolgend einige der Formen der alternativen Zusammenarbeit an und beleuchten das Risiko, dass sie – entgegen den Vor-

stellungen der Parteien – dennoch als Arbeitsverträge bzw. als unselbstständige Tätigkeit qualifiziert werden. Doch zunächst muss eine wichtige Vorbemerkung gemacht werden:

## RECHTSTIPP



Zusammenarbeitsformen werden vom Arbeitsrecht und vom Sozialversicherungsrecht nicht deckungsgleich qualifiziert – und so können die Ergebnisse bisweilen auseinanderfallen. Um eine rechtssichere Zusammenarbeit zu arrangieren, sollten deshalb immer beide Aspekte berücksichtigt werden.

## Die privatrechtliche Betrachtungsweise

In privatrechtlicher Hinsicht ist die Rede von einem Arbeitsvertrag, wenn im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses (meist Zeit-)Arbeit gegen Lohn erbracht wird und sich der Arbeitnehmer in persönlicher, betrieblicher und zeitlicher Hinsicht dem Arbeitgeber unterordnet (in ein Subordinationsverhältnis tritt). Das heisst, er hat sich in die Hierarchie des Arbeitgebers einzufügen und Anweisungen zur Ausführung der Arbeit, Arbeitszeit und zum Verhalten zu befolgen. Er arbeitet in der Regel in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers und nutzt dessen Gerätschaften. Der

Arbeitsvertrag wird abgegrenzt zum Auftrag, zum Werkvertrag und zu weiteren Zusammenarbeitsformen wie etwa dem Franchising usw. (siehe dazu den Beitrag von RA Matthias Michlig auf Seite 3).

## Die Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechts

Das Sozialversicherungsrecht hingegen grenzt nicht den Arbeitsvertrag gegenüber anderen Formen der Arbeitsleistungserbringung ab, sondern es interessiert sich dafür, ob die Arbeitsleistung «selbstständig» oder eben «unselbstständig» erbracht wird. Die Kriterien des Privatrechts (und auch die Bezeichnung des Vertrags) sind für eine sozialversicherungsrechtliche Qualifikation nicht bindend – allenfalls stellen sie ein weiteres, im Rahmen der gesamten Umstände zu gewichtendes Element dar.

Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung definiert die unselbstständige Erwerbstätigkeit wie folgt: **arbeitsorganisatorische und (betriebs-)wirtschaftliche Abhängigkeit** von einer anderen Person (oder einem Unternehmen) einerseits und **fehlendes eigenes Unternehmerrisiko** andererseits.

Charakteristische Merkmale einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sind die Tätigkeit erheblicher Inves-

titionen, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten, allenfalls die Beschäftigung von eigenem Personal (BGE 119 V 163). Das spezifische Unternehmerrisiko besteht dabei darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die der Selbstständige selber zu tragen hat. Für die Annahme selbstständiger Erwerbstätigkeit spricht sodann die gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Kunden in eigenem Namen, ohne indessen von diesen wirtschaftlich abhängig zu sein. Praxisgemäss müssen mindestens drei Kunden bedient werden. Massgebend ist dabei nicht die rechtliche Möglichkeit, Arbeiten von mehreren Kunden anzunehmen, sondern die tatsächliche Auftragslage. Auch ein eigener Marktauftritt stellt eines der Kriterien für die selbstständige Erwerbstätigkeit dar.

Kurz auf den Punkt gebracht bedeutet dies u.a., dass sich jemand zwar selbstständig erwerbstätig nennen, so auftreten und abrechnen kann, wenn er aber über längere Zeit in einem (vermeintlichen) Auftragsverhältnis nur für einen Auftraggeber tätig ist und keine eigenen Räumlichkeiten gemietet hat oder einen eigenen Marktauftritt pflegt, dann ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass die Sozialversicherungen ihm den Status des Selbstständigen aberkennen oder schon gar nicht gewähren. Auf die Konsequenzen werde ich später zurückkommen.

## WICHTIGER HINWEIS



Es hilft übrigens – entgegen der weitverbreiteten landläufigen Annahme – nicht viel, sich über eine GmbH zu tarnen, sprich, eine eigene GmbH (oder eine andere juristische Person) zu gründen, sich selber auf die Payroll zu nehmen und dann als GmbH im vermeintlichen Auftrags- oder sonst einem Vertragsverhältnis für die Kunden im Einsatz zu sein. Sofern die sozialversicherungsrechtlichen Kriterien für die selbstständige Erwerbstätigkeit damit nicht erfüllt werden, bringt dieses Manöver überhaupt nichts.



## Alternative Zusammenarbeitsformen Der gute alte Freelancer

Ein mittlerweile bereits in die Jahre gekommenes, aber immer noch beliebtes Modell für die alternative Zusammenarbeit ist der Beizug von sogenannten Freelancern oder freien Mitarbeitern. Die beiden Begriffe werden hier synonym verwendet. Ein freier Mitarbeiter ist gemäss Definition von W. Harder ein Selbstständiger, der die vertraglich geschuldete Tätigkeit persönlich und ohne Hilfe von Dritten für ein fremdes Unternehmen leistet und dabei während einer längeren Zeitspanne einen sehr grossen Teil seiner Arbeitszeit für diesen Auftraggeber einsetzt.<sup>1</sup>

Als aufmerksamer Leser haben Sie jetzt natürlich bereits gemerkt, dass

<sup>1</sup> Harder, Wolfgang: Freie Mitarbeit und ähnliche Formen freier Zusammenarbeit, Diss. Zürich 2002, S. 35.

diese Form der Zusammenarbeit durch die Sozialversicherungsrechtsbrille betrachtet möglicherweise heikel ist. Und das ist in der Tat regelmässig der Fall. Denn freie Mitarbeiter, die während einer längeren Zeitspanne einen Grossteil ihrer Arbeitszeit nur für einen Auftraggeber einsetzen, können ihre Arbeitszeit gar nicht so einsetzen, dass sie mehrere Auftraggeber bedienen könnten. Die wirtschaftliche Abhängigkeit vom Hauptauftraggeber folgt sodann Schritt auf Tritt.

Oft bieten auch die restlichen Kriterien der sozialversicherungsrechtlichen Herangehensweise keinen Ausweg. Denn gerade in der heutigen Zeit, in welcher dank der modernen Technik Arbeitsleistungen ohne grosse Investitionen und ohne eigene Räumlichkeiten, sondern günstig und von überall aus erbracht werden können, hilft auch ein eigener Computer oder Laptop etc.



nicht aus der Falle der unselbstständigen Qualifikation raus, weil diese Anschaffungen kaum als «erhebliche Investition» angesehen werden.

### Stuhlmiete und ähnliche Zusammenarbeitsformen

Im Coiffeurgewerbe verbreitet ist die sogenannte Stuhlmiete. Dabei mietet sich eine Coiffeuse oder ein Coiffeur lediglich einen Stuhl in einem Salon und bedient dort gegen die Entrichtung einer Miete (welche auch eine Umsatzmiete sein kann oder eine Mischung aus Fixpreis und Umsatzmiete) ihre bzw. seine Kunden. Gegenüber den Kunden wird im eigenen Namen abgerechnet, sofern der Mindestumsatz erreicht wird, führt die Stuhlmietlerin die Mehrwertsteuer selber ab, ebenso natürlich die Sozialversicherungsabgaben.

Ähnlich wird in psychologischen Praxen zusammengearbeitet. Häufig mieten

sich dort Psychologen einen Raum und arbeiten mit den Psychiatern der Praxis zusammen, die ihnen Patienten zur sogenannten delegierten Therapie zuweisen. Auch Anwälte funktionieren oft mit Juniorpartnern zusammen, die selbstständig erwerbstätig sind, aber (meist einen Gross-)Teil ihrer Mandate von den Seniorpartnern der Kanzlei zugewiesen bekommen.

Ob solche Zusammenarbeitsformen als Arbeitsvertrag, als freie Zusammenarbeit bzw. als unselbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, ist bisweilen überaus schwierig zu beurteilen und erfordert die einlässliche Beantwortung einer ganzen Reihe von anwaltlichen Fragen, die darauf abzielen, die Abgrenzungskriterien herauszuschälen. Wie immer ist aber besser bedient, wer vorausschauend plant. Bei solchen Zusammenarbeitsmodellen ist darauf zu achten, dass der «neue Selbstständige»

- sich nicht im Sinne einer Subordination in persönlicher, betrieblicher und zeitlicher Hinsicht in den Betrieb einfügt,
- einen eigenen Marktauftritt und eigene Räumlichkeiten hat,
- seine geschäftsnotwendigen Investitionen selber finanziert,
- auf eigene Rechnung arbeitet und
- eine Vielzahl selber akquirierter Kunden betreut und damit
- nicht in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Auftraggeber oder Vermieter (etc.) steht.

Aber auch bei Einhaltung dieser Kriterien kann es sein, dass die Sozialversicherungen eine unselbstständige Tätigkeit wännen (vgl. z.B. BGE 144 V 111, Psychologin in einer Gemeinschaftspraxis).

### Die Folgen

Was geschieht, wenn die Sozialversicherungen eine Zusammenarbeit nicht als selbstständig, sondern eben als unselbstständig qualifizieren? Dann werden über die Dauer der Zusammenarbeit, maximal aber auf fünf Jahre zurück, alle Sozialversicherungsbeiträge neu veranlagt. Der bisherige

Selbstständige erhält Gutschriften/Rückerstattungen, während der frisch- und unfreiwillig gebackene Arbeitgeber all diese Beiträge nachzuzahlen hat, selbstverständlich unter Veranschlagung eines happigen Zinses von 5%.

### PRAXISTIPP



Vereinbaren Sie für den Fall der Fälle, dass der «doch nicht Selbstständige» den unfreiwilligen Arbeitgeber im Umfang der Rückerstattung der Sozialversicherungsbeiträge schadlos hält.

Und was geschieht, wenn ein findiger Anwalt einem vermeintlich Selbstständigen steckt, dass er eigentlich die ganze Zeit über ein Arbeitnehmer gewesen sei und die Kündigung des «Auftrags» von heute auf morgen daher als arbeitsrechtliche Kündigung zu werten sei, mit der Folge, dass eine Kündigungsfrist eingehalten werden müsse? Und überhaupt, möglicherweise diese Kündigung sogar missbräuchlich sei? Dass Ferienansprüche bestünden? Eine BVG-Versicherung hätte abgeschlossen werden müssen? Sie wissen, was dann kommt.

Sie sehen, einmal mehr empfiehlt es sich, im Vorfeld eines Vorhabens einen Anwalt zu konsultieren und die geplante Zusammenarbeit qualifizieren zu lassen. So verhindert man zum einen, dass substanzielle Forderungen einen unangenehm überraschen. Zum anderen kann man sich nach weiteren Möglichkeiten umschauen – zum Beispiel nach einem Arbeitsvertrag auf Abruf, der, (nur!) wenn richtig aufgesetzt, recht viel Flexibilität ermöglicht. Oder Sie leihen sich einen Arbeitnehmer einfach mal aus. Damit können Kapazitätsengpässe überbrückt werden, ohne dass man sich die beiden Kletten Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht miteinhandelt.

### AUTORIN



**Astrid Lienhart** ist Partnerin der Kanzlei Rechtskraft in Zürich. Sie ist als Anwältin, Autorin und Referentin tätig.

# TIPPS AUS DER ANWALTSPRAXIS

## Aktuelles und Antworten auf Dauerbrenner

■ Von RA lic. iur. HSG Astrid Lienhart, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Herausgeberin

### Kommt in Mode – Haftung des Arbeitgebers für übermässigen Stress

Eine Arbeitnehmerin leistet während Monaten 60 bis 70 Stunden pro Woche. Von einem Privatleben kann keine Rede mehr sein. Nach einer gewissen Zeit kann sie nicht mehr schlafen, muss Medikamente nehmen. Ihre Gesundheit leidet. Sie ist 32 Jahre alt, als sie mit einer Kündigung und noch rechtzeitig die Reissleine zieht.

Ein anderer Arbeitnehmer ist im Geschäft während Jahren so starkem Druck und Animositäten seitens seines Vorgesetzten ausgesetzt, dass er schwerste Depressionen entwickelt und erst nach zweijähriger Erholungsphase langsam in den Arbeitsalltag zurückfindet. Eventuell bleibt eine Teilinvalidität. Er ist 35 Jahre alt und hat zwei kleine Kinder.

Beide sitzen mir mit derselben Frage gegenüber: Haftet der Arbeitgeber für derartig krank machende Arbeitsbedingungen? Die Rede ist von der Stresshaftung der Arbeitgeber.

### Die vier Säulen des Haftungsanspruchs

Haftungsansprüche basieren immer auf vier tragenden Säulen, die erfüllt sein müssen, damit eine Haftpflicht besteht: 1) eine Vertrags- bzw. eine Pflichtverletzung, 2) ein Schaden, 3) ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung und 4) das Verschulden des Schädigers.

Wenn wir also die Frage nach einer Haftung des Arbeitgebers für übermässigen Stress stellen, müssen wir zuerst fragen, ob eine Pflicht besteht, für die Gesundheit des Arbeitnehmers Sorge zu tragen. Natürlich besteht die. Sie ist auf Art. 6 Abs. 1 ArG basiert, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind. Er hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen. Mit Art. 2 ArGV3 wird das weiter präzisiert, und zwar dahin gehend, dass der Arbeitgeber alle Massnahmen treffen muss, die nötig sind, um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Insbesondere muss er dafür sorgen, dass (...) eine übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchung vermieden wird und die Arbeit geeignet organisiert wird.

Nicht alle Stressfaktoren sind für Arbeitgeber wahrnehmbar. Insbesondere in Betrieben, die die Arbeitszeit nicht erfassen (lassen), fehlt ein Überblick über die tatsächlich geleistete Arbeitszeit. Auch ständige Unterbrechungen, Zeitdruck und Konflikte entziehen sich oft der Kenntnis des Arbeitgebers. Deshalb ist es in solchen Fällen wichtig, dass Arbeitnehmer die sie belastenden Umstände melden (bitte schriftlich). Erst so ermöglichen sie es dem Arbeitgeber, Massnahmen zu seiner Entlastung und damit zu seinem Schutz zu treffen. Dazu gehören beispielsweise die Einführung einer Zeiterfassung und die Kontrolle der Arbeitszeiten, Anpassungen des Personalbestands, Konfliktmanagement und vieles mehr.

Eine Stresshaftung durchzusetzen ist in jeder Hinsicht anspruchsvoll. Und für Arbeitnehmer nicht selten gleich wieder ein enormer Stress. Es ist schwer hinzunehmen, wenn Arbeitgeber sich zu enthaften versuchen, indem sie Kausalzusammenhänge bestreiten oder den Arbeitnehmer als unzulängliches Subjekt mit vielen privaten Problemen bezeichnen («Die ist halt super empfindlich» oder «Der stand doch damals in Scheidung») oder Missstände abstreiten.

### WICHTIGER HINWEIS



Zu den klassischen Stressoren gehören insbesondere übermässige Arbeitszeiten, aber auch Lärm, Rauch, häufiges Reisen (insb. über Zeitzonen hinweg), ständige Unterbrechungen. Und: Zeitdruck, Konflikte, Mobbing.

### THEMENVORSCHAU

In der nächsten Ausgabe:

**Die Tücken des Mietrechts meistern**

#### IMPRESSUM

Verlag WEKA Business Media AG  
Hermetschloostrasse 77  
CH-8048 Zürich  
www.weka.ch

Herausgeberin Astrid Lienhart

Redaktion Junes Babay

Publikation 10 × jährlich, Abonnement: CHF 98.– pro Jahr, Preise exkl. MWST und Versandkosten.

Layout/Satz Dimitri Gabriel

Bildrechte Autorenbilder: WEKA Business Media AG  
Alle übrigen Bilder: www.istockphoto.com

Bestell-Nr. NL9135

© WEKA Business Media AG, Zürich 2019

Urheber- und Verlagsrechte: Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck sowie Wiedergaben, auch auszugsweise, sind nicht gestattet. Die Definitionen, Empfehlungen und rechtlichen Informationen sind von den Autoren und vom Verlag auf ihre Korrektheit in jeder Beziehung sorgfältig recherchiert und geprüft worden. Trotz aller Sorgfalt kann eine Garantie für die Richtigkeit der Informationen nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw. des Verlags ist daher ausgeschlossen. Aus Platzgründen und zwecks besserer Lesbarkeit wurden meist die männlichen Formen verwendet. Die weiblichen Formen sind dabei selbstverständlich mitgemeint.